

INTRODUCTION

A L'ÉTUDE DE LA

PREUVE EN DROIT MUSULMAN

PAR

MARCEL MORAND

PROFESSEUR A L'ÉCOLE DE DROIT D'ALGER



ALGER

TYPOGRAPHIE ADOLPHE JOURDAN

IMPRIMEUR-LIBRAIRE-ÉDITEUR

4, PLACE DU GOUVERNEMENT, 4

1901

INTRODUCTION

A L'ÉTUDE DE LA

PREUVE EN DROIT MUSULMAN

INTRODUCTION

A L'ÉTUDE DE LA

PREUVE EN DROIT MUSULMAN

PAR

MARCEL MORAND

PROFESSEUR A L'ÉCOLE DE DROIT D'ALGER



ALGER

TYPOGRAPHIE ADOLPHE JOURDAN

IMPRIMEUR-LIBRAIRE-ÉDITEUR

4, PLACE DU GOUVERNEMENT, 4

1901

INTRODUCTION

A L'ÉTUDE DE LA

PREUVE EN DROIT MUSULMAN

— 316 —

1. — En tous pays, les dispositions législatives qui gouvernent la matière de la preuve ont un but identique : assurer la découverte de la vérité. Mais ces dispositions législatives ne sont pas les mêmes chez tous. Tous les peuples, en effet, n'admettent pas les mêmes modes de preuve, de même qu'ils n'attribuent pas tous, à un mode de preuve déterminé, une valeur, une autorité et une importance identiques, ni ne confèrent tous, au juge, devant qui la preuve est faite, les mêmes pouvoirs. — D'où cela vient-il ? — De ce que les peuples diffèrent par le degré de leur civilisation et de leur instruction, par l'état de leurs mœurs et de leurs croyances, par l'étendue plus ou moins grande des garanties d'indépendance, de science et d'impartialité que présentent les juges. Comme l'a dit Merlin, « tout dépend, en cette matière, de l'opinion que chaque législateur a eue de ses sujets, et, par conséquent, les lois relatives à la forme probante des actes sont fondées sur des formes purement locales et particulières à chaque territoire (1) ».

2. — C'est ainsi qu'il est des modes de preuve qui ne se conçoivent que chez un peuple ayant atteint un certain degré de civilisation. Il est évident qu'en un pays où l'écriture est inconnue ou n'est connue que d'un petit nombre, on ne saurait exiger de la partie, à qui incombe la charge de la preuve, qu'elle produise de ses dires une justification écrite ; la preuve par témoins apparaît alors, en dehors de l'aveu, comme le seul moyen de preuve directe auquel il soit possible de recourir (2). Il en est fatalement de même dans une

(1) Merlin, *Rép.*, v° Preuve, sect. 2, p. 3.

(2) Cahuzac, *Essai sur les institutions et le droit malgaches*, t. 1, p. 169.

nation composée de tribus nomades ou belliqueuses ; étant donné la difficulté que présenterait, par suite de la fréquence des déplacements ou des déprédations qui accompagnent la lutte, la conservation de titres écrits, — étant donné que les transactions sont rares, ne portent guère que sur des effets mobiliers et sont généralement suivies d'exécution immédiate, l'on ne songe point à constater ces transactions par écrit dans le but d'en assurer la preuve. Ce n'est qu'au fur et à mesure que l'instruction se généralise, que s'introduisent des goûts et des habitudes de vie sédentaire, que l'existence devient plus paisible et plus sûre, — que l'on est alors à même de sentir quels avantages il peut y avoir à dresser acte des conventions intervenues, à en constater dans un titre durable les différentes clauses, plutôt que s'en rapporter au souvenir des témoins, toujours moins précis et moins sûr à mesure que le temps s'écoule, — et que s'introduit l'usage de la preuve écrite. Encore celle-ci n'est-elle, tout d'abord, « conçue qu'à la façon d'un accessoire de la preuve testimoniale qu'elle appelle et dans quoi elle vient se fondre au premier incident qu'elle soulève (1) ». A l'origine, en effet, on constate presque toujours la présence, à la rédaction de l'écrit, d'un certain nombre de témoins destinés à intervenir au procès, lorsque l'authenticité ou la véracité de l'acte vient à être contestée(2). Et ce n'est, vraisemblablement, qu'autant qu'il devient possible de s'adresser, pour la rédaction de cet écrit, à une personne revêtue d'une grande autorité de par ses fonctions ou l'ayant acquise par son caractère, que, l'acte possédant de ce chef une plus grande autorité, l'usage de procéder ainsi se généralise, et que la preuve littérale finit par avoir une existence propre et constituer un mode de preuve directe, distinct de la preuve par témoins.

3. — D'autre part, de l'état des mœurs et des croyances de chaque peuple dépendent la valeur respective des divers modes de preuves reçus et le rôle de chacun dans l'administration de la preuve. Car, cette valeur respective et ce rôle sont subordonnés à la force probante attribuée à chaque moyen de preuve ; or, cette force probante n'a rien d'absolu ni de définitif, et, dans une très large mesure, en chaque pays, elle varie avec l'état des croyances et des mœurs.

Le témoignage, par exemple, tire sa force probante de la

(1) Declareuil, *Les preuves judiciaires dans le droit franc du V^e au VIII^e siècle* ; *Nouv. Rev. hist. de droit français et étranger*, 1898, p. 760.

(2) *Eod. loc.*, p. 749 ; Sidi Khalil, *trad. Seignette*, art. 1577 ; Hanoteau et Letourneux, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, t. 2, p. 366.

valeur morale du témoin et de l'indépendance dont il jouit. Or, lorsqu'à raison de la corruption des mœurs, ou des dangers auxquels expose le témoignage en justice et contre lesquels, aux époques troublées, les témoins ne sont pas protégés, — les faux témoignages deviennent fréquents, on voit alors se restreindre le domaine d'application de la preuve testimoniale. C'est ainsi que, dans la très savante étude qu'il a publiée sur les preuves judiciaires dans le droit franc du v^e au viii^e siècle, M. Declareuil constate qu'à partir d'une certaine époque, l'usage de la preuve par témoins diminue de plus en plus ; et parmi les causes qu'il attribue à cet événement figure le nombre toujours croissant des faux témoignages. « Le soin, dit-il, que le législateur mettait à énumérer les vices habituels des témoins : *perjuratores, fallaces, pecuniarum acceptores*, dans un passage où il insistait en faveur de la preuve testimoniale, nous révèle les causes de l'éloignement des juges pour les témoignages produits devant eux (1) ». Au xv^e siècle, il est vrai, le rôle de la preuve par témoins est encore considérable ; il est même prépondérant, car Bouteillier nous dit que « s'il advient qu'en jugement une partie se veuille aider de lettres en preuves, et l'autre partie se veuille aider de témoignage singulier, sachez que la vive voix passe vigueur de lettres, si les témoignages sont contraires aux lettres (2) ». Mais, au xvi^e siècle, une ordonnance royale consacre la maxime que : *lettres passent témoins*, et cela, dans le but « d'obvier à la multiplication des faits que l'on a vu ci-devant être mis en avant en jugement, sujets à preuve de témoins et reproches d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvénients et involutions de procès (3) ».

Il est à remarquer, toutefois, que la force probante d'un écrit dérive, soit de ce qu'il a été rédigé par une personne présentant des garanties toutes particulières d'honorabilité et de sincérité, soit de ce qu'il porte la signature de celui à qui on l'oppose et constitue, dès lors, un aveu de sa part (4). Mais, cette force probante, l'écrit ne la possède qu'autant que son authenticité n'est pas contestée, en sorte que la preuve

(1) Declareuil, *loc. cit.*, 1898, p. 488.

(2) Bouteillier, *Somme rurale*, titre cvi.

(3) Ordonnance de Moulins de 1566, art. 54.

(4) Bonnier, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 5^e édit., p. 555, n° 662.

littérale n'a de supériorité marquée sur la preuve par témoins qu'autant que cette authenticité peut être facilement présumée, ou, tout au moins, qu'elle n'est pas facilement contestable. — Or, dans un pays où la fabrication des actes faux est chose courante, tout écrit devient suspect, et le domaine d'application de la preuve littérale est nécessairement fort restreint. En pays kabyle, par exemple, « le nombre des actes faux est très considérable. Il existe des *tolba* qui en fabriquent à première réquisition, sur du papier jauni à la fumée et à l'aide d'une encre composée avec des chiffons brûlés, de manière à leur donner l'apparence d'une authentique antiquité » (1). Aussi, la preuve par écrit n'est-elle pas tenue en grand honneur, en Kabylie, et la preuve testimoniale y constitue-t-elle la règle (2).

De même, chez les peuples dont les croyances religieuses sont vives et ardentes, dans la vie desquels la religion tient une place considérable, chez lesquels la loi civile ne se distingue pas très nettement de la loi religieuse, la preuve par le serment est des plus concluantes, car le faux serment apparaît comme un acte d'une gravité extrême, qui expose, non seulement à des peines temporelles très sévères, mais aussi à la vengeance divine, plus redoutée encore. Il y a, dès lors, de grandes chances pour que celui qui se soumet à la prestation d'un serment dise la vérité, et, tout naturellement, à raison de son caractère concluant, la preuve par le serment acquiert, dans les procès, une importance capitale. L'on use et l'on abuse du serment dans notre ancienne France. « Les hommes, dit M. Declareuil, n'attendaient pas que les juges leur ordonnassent d'aller jurer, ils y venaient d'eux-mêmes en dehors de toute instance judiciaire; dès qu'un bruit fâcheux courait sur leur compte, ils venaient demander aux saints un certificat de bonne vie et mœurs que ceux-ci leur délivraient en acceptant leur serment sans colère..... Les parties s'en référaient au serment transactionnel presque aussi souvent qu'au serment judiciaire..... L'église elle-même acceptait devant ses juridictions qu'on s'innocentât en jurant que l'accusation était fausse. Aucun obstacle n'empêchait donc que le serment n'envahît les prétoires..... Aussi ne faut-il pas s'étonner si l'abus de cette procédure se répandit tant et si bien que l'autorité royale, chez les Francs comme chez les Burgondes, dut réagir dès le ^{vi}^e ou le ^{vii}^e

(1) Hanoteau et Letourneux, *op. cit.*, t. 2, p. 366.

(2) *Eod. loc.*, et p. 368.

siècle » (1). L'usage de la preuve par le serment devient alors tellement fréquent, qu'on a pu prétendre que cette preuve n'avait point, à cette époque, le caractère et le rôle de preuve simplement subsidiaire, intervenant simplement sur une question douteuse et quand des preuves directes n'avaient pu être administrées (2).

A l'inverse, lorsque le serment n'est plus considéré, par celui qui le prête, comme l'attestation de la divinité à l'appui de ses prétentions (3), lorsqu'il n'apparaît à ce dernier que comme une affirmation plus solennelle de ses prétentions, la prestation d'un faux serment n'a plus le même caractère de gravité. La preuve par le serment n'est plus aussi concluante, et ce n'est qu'à la dernière extrémité, et lorsque tout autre mode de preuve fait défaut, que l'on se résigne à y recourir (4).

4. — Enfin, suivant le plus ou moins d'indépendance que possède le juge chargé de dire dans quels cas la preuve peut être considérée comme faite, suivant aussi le plus ou moins de garanties de science, d'honorabilité et d'impartialité qu'il présente, varie l'étendue de la liberté d'appréciation qu'on lui laisse à ce point de vue.

Dans les législations modernes le juge possède, pour l'appréciation de la preuve, des pouvoirs considérables. « En général, les lois modernes ne déterminent pas elles-mêmes l'effet probatoire du moyen de preuve fourni. La question de savoir si la vérité peut être considérée comme établie par la discussion des preuves est abandonnée à l'appréciation du juge » (5). Et, étant donné la façon dont s'opère le recrutement des juges, les garanties de science et d'honorabilité qui sont exigées d'eux, l'indépendance dont ils jouissent vis-à-vis du pouvoir et la sécurité qu'on leur assure, il est tout naturel qu'il en soit ainsi.

Mais, chez les peuples où la désignation des juges n'est pas entourée des mêmes garanties, où le juge n'est, quelquefois, qu'un simple arbitre choisi, comme bon leur semble, par les plaideurs, — le législateur prend soin, le plus sou-

(1) Declareuil, *op. cit.*, *loc. cit.*, 1899, p. 100 et 101.

(2) *Eod. loc.*, p. 107 à 109.

(3) Bonnier, *op. cit.*, p. 259, n° 406.

(4) *Eod. loc.* p. 387, n° 439 : « Serments supplétifs, dit Papon, ne sont reçus en Parlement de Paris comme chose préjudiciable au salut éternel, pour avoir connu les mœurs des hommes, par inclination du temps, dépravées jusqu'à mépriser tel sacrement en peu de chose ».

(5) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, p. 14, n° 43.

vent, de déterminer, par avance, la force probante de chaque mode de preuve, d'attribuer à chacun une valeur légale. Le juge n'a point alors à rechercher si les preuves fournies sont ou non concluantes ; il se borne à constater si les formalités, prescrites pour l'administration de tel ou tel mode de preuve, ont ou n'ont pas été remplies. — Il est bon d'observer, d'ailleurs, que lorsque la sécurité du juge n'est pas complètement assurée, qu'il court le risque de se voir prendre à partie et demander compte de sa sentence par un plaideur mécontent, il s'efforce lui-même, et en dehors de toute obligation légale, de restreindre encore les pouvoirs que la loi lui confère, afin de diminuer, autant que faire se peut, sa propre responsabilité. « C'est une remarque à faire que, par des voies différentes, les juges, au début de l'organisation judiciaire, évitent le plus possible de trancher eux-mêmes et directement la question pendante et s'efforcent de faire résulter la solution de quelque incident détourné et indépendant de leur initiative personnelle. Cela est, du reste, facile à comprendre ; ce qu'ils veulent, c'est écarter la responsabilité de la sentence (1). »

5. — Or, à l'époque où s'est élaborée la législation islamique, l'art d'écrire était fort peu répandu chez les musulmans (2) ; le Prophète, lui-même, était illettré. — D'autre part, chez les musulmans, le droit et la religion se confondent, la loi civile ne se distingue pas de la loi religieuse, et les musulmans sont restés profondément attachés à leur religion. — Enfin, si l'on en croyait leurs jurisconsultes, les cadis présenteraient, au point de vue de la bonne administration de la justice les garanties les plus sérieuses. « Pour être digne de la magistrature, dit, en effet, Ibrahim Halebi, il faut professer la religion musulmane, être de condition libre, sain d'esprit, doué de piété et de probité. Il faut encore que le magistrat soit recommandable par ses mœurs, par sa prudence, par sa sagacité et par ses connaissances en théologie. Son érudition doit embrasser le Cour'ann, le droit et toutes les lois canoniques (3) ». Mais, d'assez bonne heure, la difficulté de découvrir des cadis satisfaisant à toutes les conditions requises fit que l'on se montra moins exigeant. C'est ainsi qu'Abou Hanifah permit d'élever aux fonctions de magistrat une

(1) Dèclareuil, *op. cit.*, *loc. cit.*, 1899, p. 99.

(2) Renan, *Hist. des lang. sem.*, p. 329 et 340 ; — Omar Bey Loutfy, *De l'action pénale en droit musulman*, 2^e fasc., p. 3 et suiv.

(3) Mouradja d'Ohsson, *Tableau général de l'Empire Ottoman*, t. 6, p. 174.

personne n'ayant aucune autorité juridique, et M. Van den Berg constate que « c'est ainsi qu'aujourd'hui l'on procède dans la plupart des pays musulmans, malgré la prescription contraire du Prophète (1) ». D'autre part, les fonctions du cadi sont gratuites ; le souverain, qui le désigne, ne se préoccupe nullement de lui assurer une existence convenable et indépendante, et les magistrats ont alors accepté des justiciables ce que le Sultan s'abstenait de leur donner ; de là, la réputation de vénalité qui s'est, en tout pays musulman, attachée à la justice (2). En sorte que l'on ne peut dire que le choix des magistrats s'y opère dans des conditions qui assurent aux justiciables toutes les garanties auxquelles ils sont en droit de prétendre.

La seule constatation de ces faits, étant donné les considérations qui précèdent, nous autoriserait à penser que, chez les musulmans, le rôle de la preuve testimoniale doit être considérable et celui de la preuve écrite tout à fait effacé ; — que la preuve par le serment doit y avoir une grande importance ; — enfin, que les pouvoirs du juge, dans l'appréciation de la preuve, doivent être assez limités. Or, ces conclusions sont pleinement confirmées par l'étude des textes. De leur lecture, en effet, se dégage un certain nombre d'idées fondamentales, qui dominent toute la matière de la preuve et que l'on peut formuler de la manière suivante : *a. la preuve testimoniale constitue la preuve par excellence ; elle est recevable en toute matière et quelles que soient la nature et l'importance des intérêts en jeu ; elle est, en dehors de l'aveu, la seule preuve directe, admise par la loi musulmane, qui fasse « preuve juridique complète (3) » ; — b. la prestation de serment est fréquemment requise par la loi musulmane ; elle l'est même en des matières où les législations modernes ne l'autorisent plus ; — c. la loi musulmane détermine les conditions auxquelles la preuve peut et doit être considérée comme faite ; le juge ne possède, à ce point de vue, que des pouvoirs d'appréciation extrêmement restreints.*

* * *

6. — *La preuve testimoniale constitue la preuve par*

(1) Van den Berg, *Principes du droit musulman*, traduction de France de Tersant et Damiens, p. 207,

(2) *Eod. loc.*, p. 208.

(3) Telle est la façon dont s'expriment les jurisconsultes musulmans ; Sidi Khalil, *trad. Seignette*, art. 1563 ; Ebn Acem, *Tohfah*, *trad. Houdas et Martel*, vers 138.

excellence ; elle est recevable en toute matière et quelles que soient la nature et l'importance des intérêts en jeu ; elle est, en dehors de l'aveu, la seule preuve directe, admise par la loi musulmane, qui fasse preuve juridique complète. — « C'est au demandeur, dit Ebn Acem, à faire la preuve (par témoins) : telle est la règle générale. Quand le demandeur ne peut prouver ce qu'il avance, le serment est déféré au défendeur (1) ». Et Ibrahim Halebi déclare qu'« après l'exposé du plaignant, le magistrat interrogera la partie adverse sur la vérité du fait. Si sa réponse est affirmative, elle décide le jugement ; si elle est négative, le demandeur est obligé de constater son droit par la preuve testimoniale ; s'il s'en acquitte, il a gain de cause ; et s'il est dans l'impuissance de produire des témoins, il a toujours le droit d'exiger du défendeur qu'il appuie sa dénégation par le serment (2) ».

Voilà qui permet d'affirmer très nettement : *a.* qu'au cas de dénégation du défendeur, la preuve doit, en principe, être faite par témoins, et sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de la nature de l'affaire non plus que de l'importance du litige ; — *b.* que la preuve directe ne peut être faite que par témoins, puisque dès l'instant où le demandeur n'a pas produit de témoignages, il n'a plus qu'une ressource : déférer le serment au défendeur. Or, la preuve par le serment ne saurait être considérée comme un mode de preuve directe ; car le refus, de la part du défendeur, de prêter le serment à lui déféré n'implique pas nécessairement le bien fondé des prétentions du demandeur (3). La preuve testimoniale est donc bien, en dehors de l'aveu, la seule preuve directe admise par le droit musulman.

7. — La preuve par écrit qui, dans les législations modernes, se place, avec la preuve par témoins, dans la catégorie des preuves directes, qui souvent y occupe une place prépondérante et se trouve être la seule qui soit admise en toute matière et de quelque intérêt qu'il s'agisse, — est-elle donc inconnue de la législation musulmane ? — Non, mais les jurisconsultes musulmans n'ont jamais admis que l'écrit pût faire preuve par lui-même, et toujours ils ont exigé que

(1) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 24 et 25 et note 12.

(2) Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. 6, p. 195 et 196.

(3) Le défendeur peut, en effet, parfaitement croire à l'injustice de la réclamation du demandeur, et, cependant, se refuser à prêter serment, parce qu'il n'a pas, sur ce point, la certitude absolue que la prestation du serment implique.

la preuve qui se dégage de l'écrit, fût confirmée par le témoignage.

Ce n'est pas qu'ils aient méconnu l'intérêt qu'il pouvait y avoir pour les parties à dresser acte des conventions intervenues entre elles. Le Prophète, lui-même, avait recommandé cette pratique. Le verset 282 du chapitre II du Coran est, en effet, ainsi conçu : « O croyants ! lorsque vous vous obligerez à payer une dette au terme prescrit, qu'un scribe en fasse fidèlement l'obligation. Qu'il écrive comme Dieu le lui a enseigné ; qu'il écrive et que le débiteur dicte ; qu'il craigne le Seigneur, et ne retranche aucun article de la dette. Si le débiteur était ignorant, malade ou hors d'état de dicter, que son procureur le fasse pour lui, suivant les règles de la justice. Qu'on appelle pour témoins deux hommes, ou au défaut de l'un d'eux deux femmes choisies à votre gré. Si l'une d'elles se trompait par oubli, l'autre pourrait lui rappeler la vérité. Que les témoins portent témoignage toutes les fois qu'ils en seront requis. Qu'on écrive en entier la dette grande ou petite, jusqu'au terme de la liquidation. Cette précaution est plus juste devant Dieu, plus sûre pour les témoins, et plus propre à ôter tous les doutes. Si la vente se fait entre personnes présentes, et par échange, vous ne serez point obligés de l'écrire ; appelez des témoins dans vos pactes et ne faites de violence ni au scribe ni aux témoins... » (1). — Et certains auteurs ont conclu de ce texte que le Coran tenait la preuve littérale pour bien supérieure à toutes les autres (2).

Mais telle n'est point la portée qu'ont attribuée à ce passage du livre sacré les jurisconsultes musulmans. Pour la plupart, ils ont considéré que la rédaction d'un écrit, préconisée par le Prophète, n'avait nullement pour but la substitution de la preuve écrite à la preuve testimoniale, — que la représentation d'un titre ne dispensait nullement de la production de témoins, — et que l'écrit n'avait d'autre utilité que de constituer un document où les témoins pourraient aller rafraîchir leurs souvenirs, au moyen desquels ils pourraient obvier aux défaillances de leur mémoire (3).

8. — Aussi, les premiers docteurs musulmans ne rangent-ils pas la preuve écrite au nombre des moyens légaux de preuve ; ils n'en parlent même pas (4). Par la suite, il est vrai, la

(1) Trad. Savary.

(2) Sautayra et Cherbonneau, *Statut personnel et successions*, t. 1, p. 139, n° 161.

(3) Omar Bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 2, p. 7.

(4) Van den Berg, *op. cit.*, p. 214.

connaissance de l'écriture devenant plus répandue, les rapports économiques se multipliant, les relations civiles et commerciales devenant plus compliquées, l'usage s'introduisit de constater par écrit les conventions intervenues et de produire en justice les actes dressés à cet effet. Mais, jamais, les jurisconsultes musulmans ne sont allés jusqu'à voir, dans la preuve littérale, une preuve directe, se suffisant à elle-même, entièrement indépendante de la preuve par témoins.

Chez les malékites, par exemple, un acte sous seing privé n'a force probante qu'autant que son authenticité est admise par celui dont on prétend qu'il émane, — ou affirmée par deux témoins (1). Et c'est à celui qui se prévaut de cet acte à faire la preuve de son authenticité. La preuve n'est donc pas considérée comme faite dès l'instant où il y a eu production d'un titre. Le demandeur n'est point considéré comme ayant démontré le bien fondé de ses prétentions par cela seul qu'il a produit, à leur appui, un acte qui en implique la reconnaissance et qui est signé du défendeur. Ce n'est qu'autant qu'il a établi l'authenticité de cet acte, que la preuve peut être considérée comme faite; et cette authenticité, elle ne peut être établie que par la reconnaissance verbale du défendeur ou les déclarations de deux témoins. Si bien qu'en réalité, c'est de ces dépositions ou de cette reconnaissance que le titre tire toute sa force probante, — et que la représentation de ce titre n'apparaît jamais que comme le préliminaire de l'aveu du défendeur ou de la production des témoins.

Et il en est ainsi, même des actes dressés par les cadis, même de ceux qui relatent leurs jugements. La notion de l'acte authentique est, en effet, restée complètement étrangère au droit musulman (2). « Tout jugement, dit Sidi Khalil, certifié par les deux témoins instrumentaires est exécutoire, nonobstant dénégation ou oubli de la part du juge. — Tout juge, agissant dans son ressort, peut commettre verbalement et en toute matière, par l'entremise de deux témoins, le juge d'un autre ressort pour l'exécution d'un jugement ou l'achèvement d'une procédure. — S'il y a contradiction entre l'écrit du juge commettant et le dire des témoins chargés de le transmettre, le juge commis se basera de préférence sur la déclaration verbale de ceux-ci. — L'écrit devra préférablement être fermé et cacheté; mais *il n'a par lui-même aucune force probante.* —

(1) Sidi Khalil, trad. Seignette, art. 1495 et 1577.

(2) Van den Berg, op. cit., p. 214.

Il sera remis et certifié authentique par les témoins chargés de le transmettre, même entre les mains d'un autre juge que celui nominalelement désigné. — Il acquiert toute force probante, dès lors que le juge commettant a requis les deux témoins de déclarer que le contenu est un jugement rendu par lui ou un écrit de sa main » (1). — Ainsi, l'acte rédigé par un cadi n'a pas par lui-même force probante ; cette force probante, il ne l'acquiert que lorsque son authenticité a été affirmée par deux témoins (2) ; et, même alors, s'il y a contradiction entre les déclarations des témoins et les mentions de l'écrit, les déclarations des témoins l'emportent. — Que conclure de là, sinon que l'acte dressé par le magistrat n'est point autrement traité que l'acte sous signature privée, et qu'alors même qu'il s'agit d'un titre de ce genre, émanant d'une personne offrant des garanties de sincérité particulières, les docteurs de l'école malékite n'ont point admis que la preuve juridique complète pût résulter de sa seule représentation ?

Quant aux adeptes du rite hanéfite, ils ne reconnaissent, également, force probante qu'à l'écrit dont l'authenticité a été affirmée par témoins, sans distinguer, non plus, entre l'acte sous signature privée et celui qu'a dressé le cadi (3). Ils se sont même refusés, pendant longtemps, à admettre la production en justice de titres écrits, pour cette raison « qu'une écriture ressemble à une autre et ne mérite aucune foi » (4).

*
* *

9. — *La prestation de serment est fréquemment requise par la loi musulmane ; elle l'est même en des matières où les législations modernes ne l'autorisent plus.* — Il semble qu'il y ait, chez les peuples modernes, tendance à restreindre de plus en

(1) Sidi Khalil, trad. Seignette, art. 1489 à 1494.

(2) La façon dont sont rédigés les jugements des magistrats musulmans est, à ce point de vue, particulièrement instructive : le cadi requiert toujours ses assesseurs de témoigner de la sentence qu'il va rendre. — V. Zeys et Sidi Saïd, *Recueil d'actes judiciaires arabes*.

(3) Omar Bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 2, p. 1 et suiv.

(4) Santillana, *Avant-projet de Code civil et commercial tunisien*, p. 209. — Nous n'ignorons pas que des réformes ont été réalisées, en la matière, dans divers pays musulmans. Nous nous bornons à renvoyer

plus le domaine d'application de la preuve par le serment. En matière civile, par exemple, la législation française n'autorise le serment supplétoire qu'autant que la demande ou l'exception n'est pas totalement dénuée de preuves (1) et seulement au cas où la preuve testimoniale serait recevable (2) ; — alors qu'au XVIII^e siècle l'usage en était extrêmement répandu (3). Quant au serment décisoire, s'il peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception (4), la jurisprudence décide que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou pour écarter la délation de ce serment (5). — Or, sous l'empire de la législation musulmane, la délation de serment est possible en toute matière, dès l'instant où celle des parties à qui incombe la charge de la preuve ne fournit qu'une preuve incomplète ; — dès l'instant où, même en l'absence de tout commencement de preuve, il existe une présomption en faveur de l'une des parties ou contre elle ; — alors même, enfin, qu'il n'y a ni présomption ni commencement de preuve. Et non seulement la délation de serment est chose permise, mais elle est, en outre, de droit ; le juge n'a pas la faculté de l'écarter. Si le demandeur dit, en effet, Sidi Khalil, « avait produit un témoin unique, en offrant de compléter la preuve juridique, par son propre serment, il sera admis à proposer ce moyen devant un second juge (6) ». D'autre part, Ibn Acem déclare que « la présomption, quand elle est grave, entraîne le serment de la personne contre qui elle existe (7) ». Quant à Ibrahim Halebi, il admet que si le demandeur « est dans l'impuissance de produire des témoins, il a toujours le droit d'exiger du défendeur qu'il appuie sa dénégation par le serment (8) ».

aux renseignements donnés, sur ce point, par M. Omar Bey Loutfy (*op. cit.*, fasc. 2, p. 9 et s.), et à faire observer qu'il s'agit là de réformes opérées à une époque récente, dans des circonstances particulières, et que les décisions nouvellement arrêtées ne peuvent être considérées comme la véritable expression de la doctrine musulmane.

(1) C. civ., art. 1367.

(2) Bonnier, *op. cit.*, p. 388, n° 440.

(3) *Eod. loc.*, p. 387, n° 439.

(4) C. civ., art. 1358 et 1360.

(5) Bonnier, *op. cit.*, p. 368, n° 413.

(6) Sidi Khalil, *trad. Seignette*, art. 1451.

(7) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 214.

(8) Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, t. 6, p. 196

10. — D'autre part, les législations modernes ont, très généralement, banni de la procédure criminelle la preuve par le serment. C'est ainsi que, depuis longtemps, l'on n'admet plus l'accusateur à compléter, par son propre serment, une preuve incomplète. « Qu'on s'en rapporte, dit à ce propos M. Bonnier, à la déclaration du demandeur, en ce qui touche ses intérêts pécuniaires, cela peut être tolérable dans certaines circonstances. Mais qu'on dispose de la vie ou de l'honneur d'un accusé parce que le serment de l'accusateur sera venu confirmer une preuve incomplète, c'est là une pratique déplorable, et qu'il n'est pas même nécessaire d'admettre dans les pays où l'accusation est abandonnée aux particuliers. Quand des intérêts aussi sacrés sont en jeu, il importe de s'en tenir strictement à la règle : *actore non probante, reus absolvitur* (1) » — L'on n'admet pas davantage, même dans les pays où s'est conservé le système de l'accusation privée, la délation par l'accusateur du serment à l'accusé. Le serment décisive implique une sorte de transaction, et l'on répugne à permettre la transaction en une matière où l'ordre public est intéressé (2) ». — Enfin l'on n'autorise plus, pour ainsi dire, l'accusé à se libérer de l'accusation portée contre lui en affirmant son innocence sous la foi du serment, par la prestation du *serment purgatoire*. On n'ose plus mettre l'accusé dans l'alternative ou d'avouer son déshonneur et de s'exposer à une peine, — ou de prêter un faux serment, car « dans une civilisation avancée, il n'est plus permis au législateur d'avoir une pareille foi en la moralité humaine (3) ».

La législation musulmane, au contraire, autorise, en matière criminelle, la preuve par le serment. Chez les musulmans du rite malékite, par exemple, lorsqu'une personne est accusée d'homicide, que l'accusation n'a pu être prouvée complètement, mais que de graves présomptions de culpabilité existent, on met en demeure les parents de la victime de compléter la preuve par leur serment (4). Le serment, dit Sidi Khalil, « consiste en cinquante serments péremptoires prononcés consécutivement (5) ». S'agit-il d'homicide invo-

(1) Bonnier, *op. cit.*, p. 391, n° 448.

(2) *Eod. loc.*, p. 382, n° 431.

(3) *Eod. loc.*, p. 393, n° 450.

(4) Sidi Khalil, *trad. Seignette*, art. 1853 ; Vincent, *Études sur la loi musulmane*, p. 65 et suiv.

(5) Sidi Khalil, *trad. Seignette*, art 1871.

lontaire, les cinquante serments se répartissent entre les proches parents de la victime, sans distinction de sexes, au prorata des droits de chacun dans la composition à payer par le coupable ; ils seraient, d'ailleurs, valablement prêtés par l'héritier unique du défunt, fût-il du sexe féminin, s'il n'en était point d'autre (1). S'agit-il, au contraire, d'homicide volontaire, les serments requis ne peuvent être prêtés que par des héritiers *acebs*, lesquels doivent être au nombre de deux au moins (2). La prestation de ces cinquante serments autorise les cojurants à percevoir la composition due par le meurtrier, au cas d'homicide involontaire (3), — et, dans l'hypothèse d'un homicide volontaire, à exercer le talion (4). — Si les parents de la victime se refusent à la prestation de serment, le serment est alors déféré, au cas d'homicide involontaire, à la tribu de l'offenseur, et ceux qui le prêtent échappent alors à l'obligation de contribuer au paiement de la composition (5), — et s'il s'agit d'homicide volontaire, à l'accusé ou aux accusés, chacun d'eux devant affirmer par cinquante serments son innocence, sous peine de se voir maintenir indéfiniment en prison (6).

La loi musulmane permet donc, à l'accusateur de compléter sa preuve, — à l'accusé de se soustraire à l'accusation portée contre lui, par le serment. Il est à remarquer toutefois que lorsqu'il s'agit d'infraction méritant un *had* (7), le refus, de la part de l'accusé, de prêter serment ne saurait entraîner sa condamnation, et autoriserait simplement le maintien de sa détention. Les peines *hodouds* supposent, en effet, des aveux formels et le refus de prêter serment n'implique, tout au plus, de la part de l'accusé qu'un aveu tacite. Mais, en dehors de cette hypothèse, et alors même qu'il s'agirait de statuer sur la réparation pécuniaire du préjudice causé par une

(1) Sidi Khalil, *trad. Seignette*, art. 1873.

(2) *Eod. loc.*, art. 1878. — Vincent, *op. cit.*, p. 67, note a.

(3) Sidi Khalil, *trad. Seignette*, art. 1875.

(4) *Eod. loc.*, art. 1847. — Les cojurants sont ici des accusateurs et n'interviennent pas simplement pour certifier la bonne foi de celui qui accuse. V. sur la preuve par le serment et les cojureurs dans notre ancien droit, Declareuil, *op. cit.*, *loc. cit.*, 1899, p. 79 et suiv.

(5) Sidi Khalil, *trad. Seignette*, art. 1877.

(6) *Eod. loc.*, art. 1883.

(7) Omar Bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 2, p. 78. — Les peines *hodouds* sont celles qui ont une limite et sont prononcées par la loi pour des faits déterminés.

infraction méritant un *had*, l'accusé peut être condamné sur son seul refus de prêter serment (1).

Or, d'où vient que la législation musulmane ait fait à la preuve par le serment une aussi large place dans la procédure criminelle? — Est-ce parce que la délation, par l'accusateur, du serment à l'accusé, implique l'idée d'une transaction, et que la transaction apparaît ici comme possible, la législation musulmane ayant maintenu le principe de l'accusation privée (2)? — Non, puisque la délation du serment est possible, même en des hypothèses où la transaction n'est pas autorisée (3) — La vérité, c'est que le peuple musulman est éminemment religieux; la prestation de serment lui apparaît comme un acte très important et le faux serment comme une infraction d'une gravité extrême. Il y a de grandes chances, dès lors, pour que celui qui consent à prêter le serment dise la vérité, en sorte que la preuve par le serment possède encore, chez les musulmans, une valeur probante qu'elle n'a plus ailleurs, surtout en matière pénale. Cela est si vrai que, lorsqu'il y a quelques années, une délégation d'une *Commission sénatoriale d'étude des questions algériennes* vint enquêter en Algérie, des indigènes se plaignirent que notre procédure criminelle, à laquelle ils sont soumis, fût une entrave à la découverte des malfaiteurs, et demandèrent que l'on autorisât le recours à la traditionnelle procédure du serment. C'est là ce que constatent, dans les termes suivants, les procès-verbaux de cette délégation : « Un cheik, au nom des individus de la commune de Jemmapes, demande, en raison des nombreux vols et de l'impuissance de la police, que le droit coutumier de déférer le serment aux divers membres d'une famille dont un indigène est accusé de vol, leur soit appliqué. — Avec le serment devant un tombeau de marabout, nous arriverons à connaître les coupables; cet usage coutumier nous avait toujours été accordé dans la commune ancienne d'El-Arrouch (4) ».

* * *

11. — *La loi musulmane détermine les conditions auxquelles*

(1) Omar Bey Loutfy, *op. cit.*, p. 78 et 79.

(2) *Eod. loc.*, fasc. 1, p. 33 et suiv.

(3) V. pour les cas dans lesquels la transaction est possible, Omar Bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 2, p. 63 et suiv.

(4) Pensa, *l'Algérie*, p. 322.

la preuve peut et doit être considérée comme faite ; le juge ne possède, à ce point de vue, que des pouvoirs d'appréciation extrêmement restreints. — La loi musulmane, en effet, ne se borne pas, comme les législations modernes, à déterminer les moyens par lesquels la preuve pourra être faite, et d'après quelle procédure ces moyens pourront être utilisés, — à dire dans quelles circonstances tel mode de preuve est recevable, et de quelle manière il sera produit ; — elle va jusqu'à fixer la valeur probante de chaque mode de preuve.

C'est ainsi qu'après avoir posé en principe que le demandeur prouvera ses allégations par le témoignage, et précisé les conditions auxquelles doivent satisfaire les témoins pour que leurs déclarations soient recevables en justice, elle ne laisse pas au juge le soin d'apprécier la valeur de ces déclarations. Elle dit, elle-même, dans quels cas ces déclarations pourront être tenues pour probantes. Les questions d'état, par exemple, « ne peuvent être juridiquement prouvées que par deux témoins du sexe masculin » (1). — De même, « pour tout ce qui a trait aux biens, le témoignage d'un homme peut être complété par celui de deux femmes » (2), — et « tout fait dont la connaissance échappe aux hommes, en raison de leur sexe, peut être prouvé par le témoignage de deux femmes » (3) ; — mais « pour prouver l'adultère, il faut le témoignage de quatre hommes » (4).

12. — D'autre part, le législateur musulman ne se contente pas de dire quelle valeur le juge peut attribuer à la preuve produite, il va jusqu'à déterminer quelle valeur il devra lui donner. Il ne dit pas seulement dans quels cas le juge peut tenir la preuve pour faite, mais aussi dans quels cas il doit la considérer comme faite. Ebn Acem dit bien qu'il n'est pas permis au cadi de juger, si la solution de l'affaire ne lui apparaît pas avec évidence (5), mais il n'en est ainsi que dans les hypothèses où le cadi possède un certain pouvoir d'appréciation, une certaine liberté de décision, et, la plupart du temps, il n'a ni ce pouvoir ni cette liberté, car, le plus souvent, la loi vient lui dicter sa sentence, puisqu'elle se charge elle-même de résoudre, dans la plupart des cas, la question de savoir si la preuve a ou n'a pas été faite.

(1) Sidi Khalil, *trad. Seignette*, art. 1362.

(2) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 140.

(3) Sidi Khalil, *trad. Seignette*, art. 1364.

(4) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 139.

(5) *Eod. loc.*, vers 37.

C'est là ce qui résulte, d'une façon non douteuse, des textes suivants que nous empruntons à Sidi Khalil : « En toute autre matière (que les questions d'état), *la preuve juridique est complète* par le témoignage, soit d'un homme et de deux femmes, soit d'un homme ou de deux femmes avec le serment du demandeur (1).... Tout fait, dont la connaissance échappe aux hommes en raison de leur sexe peut être prouvé par le témoignage de deux femmes. Ce genre de preuve *résout définitivement* les questions d'hérédité ou de filiation, négativement ou affirmativement, sans le serment du demandeur (2).... L'aveu sous seing privé, dont l'authenticité aura été certifiée par deux témoins irréprochables, *vaudra preuve juridique complète*, sans prestation de serment par le demandeur (3).... Les preuves faites de part et d'autre seront admises ensemble à produire leur effet, en tant qu'elles ne seront point incompatibles. De deux preuves contradictoires, celle-là *sera préférée* qui établira l'origine de la propriété (4).... (Le juge) *préférera* le témoignage de deux hommes à la preuve faite par un homme et deux femmes, et celle-ci à la preuve faite par un témoignage unique avec le serment de celui qui le produit (5).... La preuve par le titre *aura plus de force probante* que celle par commune renommée » (6).

Ces citations pourraient être multipliées, mais elles suffisent à montrer, d'une façon péremptoire, que chez les musulmans le juge n'a point, en principe, qualité pour statuer sur la valeur des preuves produites.

Tout pouvoir d'appréciation lui a-t-il donc été refusé ? — Le juge statue sur la moralité des témoins ; un témoin ne peut être admis à déposer en justice qu'autant qu'il est honorable, et il semble bien, qu'à ce point de vue, le cadi dispose d'une liberté d'appréciation illimitée (7). — D'autre part, si l'une des parties a produit deux témoins du sexe masculin, et l'autre un plus grand nombre, le juge est autorisé à se déterminer, non d'après le nombre, mais d'après la moralité des témoins (8). — Mais là, semble-t-il, s'arrête sa liberté d'appréciation. Les débats judiciaires sont une sorte de tournois auquel il assiste impassible et dont il se bornera à enregistrer le résultat. Il n'a point à se préoccuper d'assurer le triomphe de la vérité ni de la justice. Et ce qui montre bien

(1, 2, 3, 4, 5, 6) Sidi Khalil, trad. Seignette, art. 1563, 1564, 1565, 1577, 1569, 1662, 1587.

(7) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 42 ; Sidi Khalil, trad. Seignette, art. 1487.

(8) Sidi Khalil, trad. Seignette, art. 1661.

qu'il en est ainsi, c'est, tout d'abord, ce fait que « le cadi ne doit pas accepter la déclaration d'un témoin qui n'est pas honorable, *même s'il sait qu'il dit la vérité* (1) » ; — et cet autre que, « si pour quelque motif un des plaideurs a été empêché de proposer ses moyens, le cadi peut, sans manquer à ses devoirs, lui venir en aide, *mais il devra alors s'abstenir de lui fournir des arguments de droit sur tout ce qui touche au procès* (2) ».



(1) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 47.

(2) *Eod. loc.*, vers 40 et 41.
